

The Customary Guarantee: a Face of the General Theory of Obligation

Mohammad Sadeq Tabatabaei¹, Sa'ideh Qanbari²

1. Associate Professor, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Department of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran
2. Ph.D Student in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Department of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran

(Received: July 28, 2019; Accepted: November 11, 2019)

Abstract

In Islamic law and Civil Code, the contract of guarantee is considered a possessory contract due to the fact that it is based on the institution of religion and as a result of its possessory effect. However, paying attention to the customary instances of the contract of guarantee, a number of jurists have come to recognize another concept of the contract called customary guarantee with different nature and rules against the idiomatic guarantee. The contract of guarantee in this meaning only makes commitment without transferring the debt to the guarantor and its possession by the guaranteed one. The customary guarantee characterized by the lack of engagement of the guarantor, the lack of need to a fixed debt, the independent commitment of the guarantor is different from the idiomatic guarantee accepted by the Islamic law and the civil code. The present article uses a descriptive-analytical method to examine the customary guarantee as an instance of the general theory of commitments against the idiomatic guarantee which is based on the possession theory. As a result, it can be said that considering the needs of the society and identifying a new concept of the contract of guarantee in the Shi'a jurisprudence, as well as relying on the generalities of the law like the Article 10 of Civil Code, the customary guarantee can be considered valid in the case law too.

Keywords: Customary Guarantee, Idiomatic Guarantee, Transfer of Debt, Payment Obligation.

–Corresponding Author: tabatabaei@ase.ui.ac.ir

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۹
صفحات ۷۷۹-۷۹۹ (مقاله پژوهشی)

ضمان عرفی؛ چهره‌ای از نظریه عمومی تعهدات

محمد صادق طباطبایی^{۱*}، سعیده قنبری^۲

۱. دانشیار، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۵/۰۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۲۰)

چکیده

در حقوق اسلامی و قانون مدنی، عقد ضمان، به واسطهٔ اِبتِنای بر نهاد دین و اثر تملیکی این نهاد، عقدی تملیکی محسوب می‌شود. با این حال در پرتو توجه به مصادیق عرفی عقد ضمان، برخی فقها قائل به شناسایی مفهومی از این عقد، تحت عنوان ضمان عرفی، با ماهیت و احکامی متفاوت، در مقابل ضمان مصطلح شده‌اند. عقد ضمان در این مفهوم، بدون انتقال دین به ذمه ضامن و تملیک آن به مضمون‌له، صرفاً تعهد ایجاد می‌کند. ضمان عرفی با ویژگی‌هایی همچون عدم اشتغال ذمه ضامن، عدم ضرورت وجود دین ثابت، استقلال تعهد ضامن، متمایز از ضمان مصطلح پذیرفته شده در فقه و قانون مدنی است. در مقاله حاضر، به روش تحلیلی - توصیفی، به بررسی ضمان عرفی به‌عنوان مصادیقی از نظریه عمومی تعهدات، در مقابل ضمان مصطلح، که مبتنی بر نظریه تملیک است، خواهیم پرداخت که در نتیجه می‌توان گفت با توجه به نیاز جامعه و شناسایی این مفهوم از عقد ضمان در فقه امامیه و با استناد به عمومات قانونی همچون ماده ۱۰ قانون مدنی، می‌توان قائل به اعتبار این نوع ضمان در حقوق موضوعه هم شد.

واژگان کلیدی

تعهد پرداخت، ضمان عرفی، ضمان مصطلح، نقل ذمه.

مقدمه

در قانون مدنی و نظر مشهور در فقه امامیه، عقد ضمان مبتنی بر نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن و در نتیجه برائت مضمون‌عنه است، اما بسیاری از قراردادهای ضمان، با این تعریف منطبق نیستند. گذشته از قراردادهای ضمان امروز همچون ضمانت‌های بانکی، بورسی، ضمانت در قراردادهای پیمانکاری، ضمانت در اسناد تجاری، ضمانت وام و بدهی، ضمانت برای استخدام، ضمانت کالا در خرید و فروش، ضمانت پرداخت خسارت در تصادفات و دیگر مسئولیت‌های مدنی و بسیاری مصادیق دیگر، در مصادیق سنتی مطرح در فقه نیز، موارد زیادی از قراردادهای ضمان، از جمله ضمان از اعیان مضمونه و غیرمضمونه، ضمانت از دین آینده، ضمان معلق و ... منطبق با این تعریف از ضمان، شرایط و احکام آن نیستند. با بررسی منابع فقهی ملاحظه می‌شود که فقهای امامیه در رویارویی با ضمانت‌های رایج در جامعه که فاقد شرایط ضمان نقل ذمه هستند، با دو رویکرد ابراز عقیده کرده‌اند: برخی از ایشان به صراحت عنوان ضمان عرفی را مطرح کرده‌اند و آن را به عنوان ضمانی متمایز از ضمان نقل ذمه (که تحت عنوان ضمان مصطلح نامگذاری کرده‌اند) می‌دانند. برخی دیگر بدون تصریح به عنوان ضمان عرفی، با تقسیم ضمان عقدی به دو نوع ضمان نقل ذمه و ضمانی که بدون انتقال دین، صرفاً تعهد ایجاد می‌کند، مفهوم ضمان عرفی را شناسایی کرده‌اند. بی‌شک توجه این دسته از فقها به ضمان عرفی در کنار ضمان نقل ذمه (ضمان مصطلح) به دلیل ضرورت‌های اجتماعی و نیازهای عرفی جامعه بوده است. در حقوق ایران مطالب گسترده‌ای در خصوص عقد ضمان، احکام و آثار آن نوشته‌اند، اما به تحلیل این عقد با آنچه در عرف جامعه منعقد می‌شود، پرداخته نشده است و سؤالاتی چنین را پیش‌رو قرار می‌دهد: آیا ضمانت‌های عرفی رایج در جامعه، مطابق با ضمان نقل ذمه و شرایط و احکام مترتب بر آن است؟ عدم توجه قانون مدنی به ضمان عرفی، با وجود توجه فقهای امامیه به این نوع از ضمان، چه توجیهی دارد؟ تفاوت میان ضمانت‌های عرفی با ضمان مصطلح در چیست و این ضمانت‌ها دارای چه مفهوم و ماهیتی نسبت به ضمان مصطلح هستند؟ با وجود منطبق نبودن قراردادهای ضمان عرفی با

ضمان معین، آیا چنین قراردادهایی دارای اعتبار و مشروعیت هستند؟ مقاله حاضر تحلیل نوع سومی از عقد ضمان، متفاوت از نقل ذمه و ضم ذمه است. این نوع ضمان ویژگی‌ها و ماهیت خاص خود را دارد که فقهای امامیه با توجه به نیازهای عرفی؛ به مناسبت در مباحثی از عقد ضمان مطرح کرده‌اند. در پژوهش حاضر، با جمع‌بندی این مباحث تحت عنوان ضمان عرفی، به تحلیل مفهومی از عقد ضمان مطابق با کارکرد عرفی این عقد پرداخته خواهد شد که می‌توان گفت به‌عنوان یک عقد کامل، توان پوشش بسیاری از قراردادهای تضمینی را دارد که در حال حاضر منعقد می‌شوند. اگرچه در منابع فقهی در پرتو چنین دقت نظری، کارکرد عرفی عقد ضمان بحث شده، اما این بحث در قانون مدنی مورد توجه قرار نگرفته و در سایر پژوهش‌ها نیز نهایت امری که به اثبات رسیده، این است که ضمان را به نقل ذمه منحصر ندانسته‌اند و آن را به‌صورت ضم ذمه هم قابل انعقاد دانسته‌اند، در حالی که ضمان ضم ذمه نیز همانند ضمان نقل ذمه، از جهات گوناگونی اشکال دارد و دارای ویژگی‌های ضمان عرفی نیست. از این‌رو با توجه به این رویکرد فقها، جا دارد در خصوص این خلأ در عقد ضمان، بررسی مجدد صورت گیرد. بر این اساس ابتدا مفهوم، ماهیت و ادله مشروعیت این نوع ضمان مطرح می‌شود، سپس ویژگی‌های این نوع ضمان در مقایسه با ضمان مصطلح بررسی خواهد شد و در مبحث بعد جهت روشن شدن وضعیت حقوقی این نوع ضمان در قانون مدنی، به تحلیل آن با مواد قانونی مرتبط پرداخته خواهد شد.

مفهوم ضمان عرفی

ضمان عرفی در تقابل با معنایی از ضمان که به‌طور غالبی در فقه پذیرفته شده، مورد شناسایی برخی از فقهای امامیه قرار گرفته است. این دسته از فقها، برای نشان دادن تمایز میان این دو نوع ضمان از دو اصطلاح ضمان مصطلح و ضمان عرفی استفاده کرده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۲۰۰؛ روحانی، بی‌تا: ۷۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۴۲ و ۳۴۹).

ضمان مصطلح، مفهومی از عقد ضمان است که غالب فقها در تعریف این عقد بیان کرده‌اند. در این مفهوم عقد ضمان مشتق از «ضمن» دانسته شده و اعتقاد بر این است که

ضمان، موجب انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌شود. انتقال دین ثابت در ذمه، عنصر اصلی این مفهوم از ضمان است. از این‌رو آن را انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن تعریف کرده‌اند (فیاض کابلی، بی‌تا: ۳۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۳؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۰: ۱۸۲). انتقال دین در ضمان مصطلح مورد وفاق و اجماع فقهای امامیه است (عاملی، ۱۴۱۳: ۱۸) به طوری که نقل ذمه در عقد ضمان، از ضروریات فقه امامیه دانسته شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۲۷).

در مقابل این معنا از ضمان، ضمان عرفی عبارت است از صرف تعهد ضامن در برابر مضمون‌له (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۶). مراد از این نوع ضمان، انتقال دین نیست بلکه ضامن صرفاً تعهد به پراخت می‌کند، در حالی که مدیون دین، شخص دیگری است و ضامن پرداخت توسط او را تضمین می‌کند و مضمون‌له مطمئن می‌شود که دینش پرداخت می‌شود، به این وسیله که در صورت عدم پرداخت مدیون، حق مطالبه از شخص دیگری (ضامن) را خواهد داشت (فیاض کابلی، بی‌تا: ۳۷۲). این مفهوم از ضمان به معنای تعهد به انجام دادن کاری مانند پرداخت دین یا تسلیم مال، نه انتقال دین به ذمه بیان شده است که به عنوان نوعی وثیقه و اعتبار بدون قصد انتقال دین، بلکه به قصد تعهد به پرداخت، در صورت عدم پرداخت مضمون‌عنه منعقد می‌شود (موسوی خوئی، ۱۴۰۹: ۱۱۴، ۱۱۵، ۱۱۶). در تمایز این دو نوع ضمان بیان شده است: «لا یصح ضمانه بالمعنی المبحوث عنه بین الفقهاء، و هو الضمان الذی ینقل الدین من ذمه إلی ذمه أخرى و یصح ضمانها بالضمان العرفی، و هو أن یتعهد الضامن للشخص المضمون له» (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۷۶). در این عبارت ضمان مصطلح به نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر و ضمان عرفی، به تعهد و التزام ضامن در برابر مضمون‌له تعریف شده است.

در واقع در مفهوم مذکور، با استدلال به عدم انحصار معنای ضمان، به نقل ذمه، معنای حقیقی این عقد، تعهد مالی شخصی از دیگری دانسته شده که عبارت است از تعهد پرداخت و توثیق طلب که به ایجاد اعتبار برای مضمون‌عنه و توثیق طلب طلبکار منجر می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۲۵). مرحوم سبزواری در کتاب «مهذب الاحکام» با تصریح به

عدم انحصار ضمان عقدی به نقل ذمه، ضمان عقدی را چند قسم دانسته و یکی از اقسام آن را نقل ذمه بیان کرده، اما ضمان رایج بین مردم را به تعهد و التزام معنا کرده است. در نظر ایشان هیچ دلیل عقلی یا نقلی بر انحصار ضمان عقدی به قسم اول وجود ندارد و معنای ضمان مبتنی بر نقل ذمه‌ای به ذمه دیگر، از باب غلبه است، نه از باب تخصیص و انحصار (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱۲ و ۲۸۰).

شناسایی ضمان عرفی توسط فقها

ضمان عرفی در خلال بسیاری از مباحث مثل تنجیز در ضمان، ضمان از اعیان و ... در تقابل با ضمان مصطلح مطرح شده است. در واقع در بسیاری از مواردی که قرارداد مورد بحث با تطبیق عقد ضمان مصطلح دارای اشکال بوده و حتی باطل باشد، همان قرارداد صحیح شناخته شده و در تأیید صحت این ضمانت‌ها، به ضمان عرفی استناد شده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۵۹ و ۳۴۶؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۲۰۵).

برخی از فقها به صراحت تعبیر ضمان عرفی را مطرح کرده‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۵۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۴۶، ۳۵۶، ۳۵۹؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۷۵، ۷۶، ۷۷). به گونه‌ای که در برخی از منابع، در فصل جداگانه‌ای تحت عنوان ضمان عرفی، با طرح مصادیقی از ضمانت‌های رایج بین مردم، قرارداد ضمان عرفی شناسایی شده است. از جمله این مصادیق، ضمانت از نفقه آینده زوجه و اقارب و همچنین ضمانت از اعیان مضمونه و غیرمضمونه مثل اعیان مغصوبه، مقبوض بالسوم، ودیعه، مال المضاربه و سایر امانات بیان شده که این ضمانت‌ها را بر اساس ضمان مصطلح باطل دانسته، و لکن بر اساس ضمان عرفی، حکم به صحت آنها داده شده است. در این زمینه بیان کرده‌اند: «و الحكم بصحة هذا الضمان مشکل إذا أريد به الضمان بمعناه الاصطلاحي، و يصح الضمان في ذلك و في جميع فروع التي ذكرها إذا أريد به الضمان العرفي، و هو التعهد و الالتزام الذي مر ذكره في المسائل المتقدمة، فإذا تم العقد و التعهد بين الضامن و المضمون له كان صحيحا و لزم الوفاء به، و لا يكون من الضمان الاصطلاحي» (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۷۶).

همچنین برخی دیگر نیز، بدون تصریح به عنوان ضمان عرفی، در این زمینه بیان کرده‌اند:

«الضمان علی نحوین أحدهما الضمان بنحو النقل من ذمه إلى أخرى و هو الضمان المصطلح الذی تترتب علیه براءة ذمه المضمون عنه و الآخر الضمان بمعنى التعهد و هذا لا یوجب الانتقال و أثره انه یجب علی الضامن تحویل الدین للدائن اما بوفاء المدين أو بوفاء المتعهد» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۶). بدین گونه ضمان را دو نوع دانسته‌اند: به صورت نقل دین که این همان ضمان مصطلح است، یا ضمان به معنای تعهد ضامن در برابر مضمون له، که این نوع ضمان سبب انتقال دین نمی‌شود و در اثر آن، ضامن به تحویل دین برای مضمون له متعهد می‌شود (فیاض کابلی، بی تا: ۳۷۳؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۵۱). تعریف مزبور با وجود عدم تصریح به عنوان ضمان عرفی، با مفهوم ارائه شده از ضمان عرفی منطبق است.

صاحب عروه به عنوان یکی از فقهای که بسیاری از مباحث را با تحلیل به روز جامعه بررسی کرد، در تتمه بحث خود در عقد ضمان بیان فرموده است: «بعد از بررسی تمام ضمانت‌هایی که واقع می‌گردد، باید گفت دلیلی برای آنچه ابتدای بحث در تعریف و شرایط این عقد گفته شد، وجود ندارد. در تعریف و شروط این عقد گفته شد عقد ضمان عبارت است از نقل حق ثابت در ذمه‌ای به ذمه دیگر. در نتیجه، تحقق این عقد با موضوعی غیر از دین صحیح نیست، همچنین تحقق این عقد در مواردی که موضوع دین است، ولی هنوز ثابت نگردیده است، غیرممکن است. اینک مشخص می‌گردد که دلیلی برای این گفته وجود ندارد و عقد ضمان اعم از این تعریف است» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۹). شارحان عروه در شرح کلام ایشان با تفصیل بین ضمان مصطلح از طرفی و وجود قراردادهای ضمانی که مشمول تعریف گفته شده نمی‌شود از طرف دیگر، ضمان عرفی را شناسایی کرده‌اند. در کلام ایشان ضمان مصطلح، ضمانی است که فقها در ابتدای بحث از عقد ضمان، آن را به انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر تعریف کرده و به شرح شروط لازم آن پرداخته‌اند، اما در مواردی که علی‌رغم وجود این شرایط، عقد ضمان منعقد می‌شود، این ضمانت‌ها، ضمان عرفی است و شرایط مطرح شده در ضمان مصطلح، در تحقق آن شرط نیست (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۶۲؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۲۲۳).

فقهای معاصر نیز به ضمان عرفی توجه کرده‌اند و با تقسیم عقد ضمان به دو نوع بیان

شده است: «الضمان هو (التعهد بمال لآخر) و هو على نحوین: ۱. نقل الدين من ذمة المضمون عنه (المدین) إلى ذمة الضامن للمضمون له (الدائن) و مقتضاه اشتغال ذمة الضامن بنفس المال المضمون، فلو مات قبل وفاته اخرج من تركته مقدماً على الإرث كسائر ديونه؛ ۲. التزام الضامن للمضمون له بأداء مال إليه و نتیجتاً وجوب الأداء تكلیفاً دون اشتغال الذمة وضعاً فلو مات قبل الأداء لم يخرج من تركته إلا إذا أوصى بذلك» (سیستانی، ۱۴۲۲: ۳۶۰).

برخی دیگر بعد از طرح ضمانت فقهی، به ضمانت عرفی اشاره کرده‌اند که: نوع دیگری از ضمان نیز وجود دارد که شخصی ضامن دیگری می‌شود به این منظور که اگر بدهکار در دادن بدهی کوتاهی کرد، طلبکار طلب خود را از ضامن بگیرد. غالب ضمانت‌هایی که در بانک‌ها یا در برابر وام‌ها می‌گیرند، از این قبیل هستند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۳۷۹).

همچنین بیان شده است: ضمان شرعی با آنچه امروزه عرفاً رایج است، تفاوت می‌کند، در ضمانت شرعی کل بدهی بر عهده ضامن قرار می‌گیرد و طلبکار حق رجوع به بدهکار اولیه خود را ندارد. اما در ضمانت عرفی، ضامن در طول بدهکار اولیه قرار می‌گیرد، یعنی اگر بدهکار اولیه، بدهی خود را نپرداخت، ضامن طبق تعهد خود عمل می‌کند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۶: ۴۰۴).

امام خمینی (ره) نیز به ضمان عرفی اشاره کرده‌اند و بیان داشته‌اند در ضمان عرفی که مطابق سیره عقلا و عرف جامعه است، دین در ذمه مضمون عنه ثابت است و ضامن تعهد به آن می‌کند، به این معنا که اگر مدیون دین خود را نپرداخت، ضامن متعهد است در صورت امکان با اخذ دین از وی و پرداختش به مضمون له و در غیر این صورت با پرداخت خود، دین مضمون له را ادا کند. در نظر ایشان ضمان به معنای نقل ذمه، تعبد شرعی و خلاف بنای عرف و عقلاست (موسوی خمینی، ۱۴۲۰: ۲۲۴).

ماهیت ضمان عرفی

احکام اسلامی در یک تقسیم‌بندی به احکام وضعی و تکلیفی تقسیم می‌شوند. موضوع تعهد می‌تواند حکم وضعی یا حکم تکلیفی باشد، از همینجاست که ماهیت متفاوت ضمان مصطلح و عرفی روشن می‌شود. در واقع در شناخت ماهیت ضمان عرفی، شناخت مفهوم

دین و تعهد یا التزام بسیار راهگشا و ضروری است. از طرف دیگر در ضمان عرفی نکته کلیدی، تمرکز بر مفهوم عهده در قبال ذمه است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۶). عهده مانند ذمه، ظرفی اعتباری است، با این تفاوت که ذمه، ظرف اموال کلی یا همان دیون است، اما عهده، ظرف مسئولیت‌ها و تعهداتی است که بر یک شخص مقرر شده‌اند، فرقی نمی‌کند که این تعهدات دین باشد یا عین، از طرف خود شخص جعل شده باشد مانند التزاماتی که یک شخص در قراردادها بر عهده می‌گیرد، یا آنچه به شکل قانون عمومی جعل شده باشد، مانند نفقه اقارب (صدر، ۱۳۷۹: ۱۰).

در حقوق اسلامی نهاد دین کارکرد بسیار گسترده‌ای در حوزه قراردادها دارد. بر همین اساس، بسیاری از عقود از جمله بیع، اجاره، قرض، ضمان، که در حقوق خارجی عهده هستند^۱، مبتنی بر مفهوم دین و اثر تملیکی آن، تملیکی محسوب می‌شوند (جعفری، ۱۳۹۴: ۶). ضمان مصطلح نیز بر مبنای این رویکرد در حقوق اسلامی، مبتنی بر دو عنوان ذمه و دین است. دین در حقوق اسلامی مفهوم متفاوتی از تعهد و التزام در حقوق خارجی دارد، ماهیتاً نوعی مال اعتباری محسوب می‌شود و متضمن مالکیت است. از این رو عقد ضمان مصطلح، که به دین ثابت در ذمه منحصر است، به واسطه نهاد مال کلی در ذمه و اثر تملیکی آن، قراردادی تملیکی محسوب می‌شود و آثار متفاوتی نسبت به عقود عهده بر آن مترتب خواهد شد.

به عبارت دیگر ضمان مصطلح ضمان ملکی بوده و مفاد آن مالکیت مافی‌الذمه برای مضمون‌له است، که پس از تحقق ضمان اولاً: ضامن مشغول‌الذمه می‌شود و نه صرفاً متعهد و ثانیاً: مضمون‌له نسبت به ذمه ضامن، مالکیت می‌یابد، به عبارت دیگر دارایی مثبت داین، به مقدار ذمه ضامن افزایش می‌یابد و در مقابل به دارای منفی ضامن نیز، به همان مقدار

۱. ماده ۲۰۱۱ قانون مدنی فرانسه در تعریف عقد ضمان مقرر کرده است: عقدی است که به موجب آن ضامن در مقابل طلبکار ملتزم می‌شود در صورت عدم وفای به عهده از سوی مدیون، تعهد را انجام دهد. در بند ۱ ماده ۴۹۲ قانون تعهدات سویس، ماده ۶۴۴ قانون مدنی الجزایر، ماده ۷۲۲ قانون مدنی مصر و همچنین حقوق آمریکا، انگلیس و آلمان نیز، عقد ضمان نوعی وثیقه و تعهد پرداخت در صورت عدم پرداخت مدیون اصلی دانسته شده است.

افزوده می‌شود. در مقابل ضمان عرفی، ضمان عهدی است، بدون اینکه متضمن تملیک و تملک باشد، صرفاً ایجاد تعهد می‌کند، به‌گونه‌ای که مفاد آن التزام و تعهد محض است (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۱۵).

تعهد در ضمان مصطلح ناظر به حکم وضعی (دین) است. تعهد در این کاربرد به‌معنای بر عهده گرفتن مال و به تعبیر دقیق‌تر «در ذمه قرار دادن مال» خواهد بود (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۲). اثر اولی چنین تعهدی، انتقال دین (حکم یا عنصر وضعی) به ذمه ضامن است. البته در نتیجه انتقال دین به ذمه ضامن، برای ضامن تکلیف به پرداخت و برای متعهدله (مضمون‌له)، حق مطالبه به‌وجود می‌آید؛ ولی این دو حکم تکلیفی نتیجه حکم وضعی نخست است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵: ۱۱۴). در مقابل، تعهد در ضمان عرفی، ناظر به حکم تکلیفی است. تعهد در این کاربرد به معنای التزام به انجام یا ترک عملی به‌کار می‌رود. نتیجه چنین تعهدی در وهله اول، پیدایش تکلیف (عنصر تکلیفی) است. در ضمان عرفی بدون انتقال عنصر وضعی دین و اشتغال ذمه، ضامن تعهد به پرداخت یا انجام آنچه می‌کند که بر عهده مضمون‌عنه است و در واقع حکم تکلیفی مستقر بر عهده مضمون‌عنه را بر عهده می‌گیرد. بر این اساس، ضمان عرفی، تنها متضمن حکم تکلیفی و جوب تأدیة مال در صورت عدم پرداخت آن از سوی مضمون‌عنه است، که طلبکار را قادر می‌سازد در صورت تخلف متعهد اصلی و عدم انجام تعهدش (چه آنکه تعهدش متضمن حکم وضعی و دین باشد و چه آنکه تعهدش صرفاً حکم تکلیفی باشد) به ضامن مراجعه کند.

ادله مشروعیت ضمان عرفی

فقهایی که ضمان عرفی را شناسایی کرده‌اند، در زمینه اعتبار و مشروعیت این نوع ضمان، به عمومات وفای به عقود، عرف و ارتکاز عقلا استناد می‌کنند.

عمومات وفای به عقود

عمده دلیل مورد استناد فقها در اعتبار ضمان عرفی، عمومات وفای به عقود است (موسوی خوینی، ۱۴۰۹: ۱۱۶ و ۲۰۲). در منابع فقهی بعد از شناسایی ضمان عرفی و استقلالش از

ضمان مصطلح، فقها این نوع ضمان را معتبر دانسته‌اند و در اثبات صحت و اعتبار این عقد، به عموماً آیات قرآن در مشروعیت قراردادها استدلال کرده‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۶۲؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۷۸). در این منابع قرارداد ضمان عرفی، عقد ضمانی متفاوت و مستقل از ضمان مصطلح دانسته شده که در صورت توافق بین طرفین عقد، دارای تمام آثار یک قرارداد معتبر است (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۷۶).

ایراد اساسی طرح‌شدنی در خصوص اعتبار ضمان عرفی این است که در نظر فقهای امامیه، روایات و دلایلی که در مشروعیت عقد ضمان وجود دارد و بر اساس آنها در فقه، عقدی تحت عنوان ضمان شناسایی شده است، همگی بر ضمان منتج به نقل ذمه دلالت می‌کند (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۱۲۶؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۱۵۲). از این رو، مبتنی بر این دلایل، عقد ضمان، قراردادی محسوب می‌شود که موجب نقل ذمه به ذمه است و ضمان دیگری غیر از ضمان نقل ذمه، معتبر نخواهد بود.

قائلان به صحت ضمان عرفی، ایراد مذکور را با دو استدلال پاسخ داده‌اند: اولاً دلایل واردشده در مشروعیت ضمان که منتج به اعتبار ضمان به معنای نقل ذمه می‌شود، نمی‌تواند سبب بطلان نوع دیگری از ضمان بشود، به عبارت دیگر اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند. ضمان عرفی در مفهوم و ماهیتی جدا از ضمان مصطلح، عقدی صحیح است و در اثبات این صحت، به عموماً وفای به عقود استدلال می‌شود (روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۱؛ ثانیاً) ضمانت مورد بحث، موضوعاً از شمول آن روایات و دلایل خارج است. روایات و دلایل مورد استناد در مشروعیت عقد ضمان، ناظر به عقدی هستند که متکفل ضمان نفس دین است و ناظر به ضمان اداء و تعهد غیرمدیون (مبنی بر اینکه مدیون دین خود را ایفا خواهد کرد) نیستند (صدر، ۱۴۰۱: ۲۳۴).

عرف و ارتکاز عقلا

دلیل دیگر مورد استناد، سیره عقلا و عرف جاری در انعقاد این نوع از ضمان است (روحانی، ۱۴۱۲: ۱۵۰؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۴۹ و ۲۵۷؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۲۰۴؛ صدر، ۱۴۰۱: ۲۳۱؛ فیاض کابلی، بی تا: ۳۷۳).

در بسیاری از منابع فقهی، هنگام بحث از مصادیق عقد ضمان که مطابق ضمان مصطلح نیستند، صرف نظر از سایر دلایل در اثبات صحت این ضمانت‌ها، به عرفی بودن این قرارداد استدلال شده است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۵۳). بر مبنای این تحلیل، در استدلال جالبی، در خصوص ضمانت از نفقه آینده زوجه، بعد از طرح نظر مشهور و بیان اینکه این ضمان، مطابق عقد ضمان مصطلح باطل است، ضمانت از نفقه آینده زوجه صحیح دانسته شده و در این زمینه با رد نظر برخی از فقها که با تمسک به وجود عقد نکاح، به عنوان سبب عقد ضمان، در صدد توجیه صحت این نوع ضمان برآمده‌اند، دلیل صحت، عرفی بودن این نوع ضمان و اینکه عرف جامعه و عقلا این ضمان را صحیح و معتبر می‌دانند، بیان شده است. به‌واقع در این استدلال، به عنصر عرف به‌عنوان یک دلیل مستقل که توان اثبات صحت قراردادهای متعارف بین افراد جامعه را دارد، تمسک و استدلال شده است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۴۹).

در استدلال این دسته از فقها، ضمان عرفی عقد جدید و رایجی بین مردم است و این ضمان غیر از عقد ضمان معین و شرعی است و حتی اگر آن را مشمول اوفوا بالعقود ندانیم، به استناد سیره عقلا، عقد معتبری است. عقلا چنین ضمان عرفی را معتبر می‌دانند، هرچند مشمول هیچ‌یک از عناوین عقود معین نیست (انصاری، ۱۴۲۹: ۱۸). همچنین بیان شده است: ضمان عرفی عقدی صحیح و معتبر است، چرا که صحت، به عقد ضمان معین و دیگر عقود معین منحصر نیست. مهم این است که بر تعهد، عرفاً اسم عقد صدق کند و در مورد تعهد مورد بحث، عقد بودن صدق می‌کند، هرچند تحت هیچ‌یک از عناوین عقود معین قرار نگیرد (مغنیه، ۱۴۲۱: ۴۹).

ویژگی‌های ضمان عرفی

ضمان عرفی دارای ویژگی‌های خاص خود است، به‌گونه‌ای که این نوع ضمان را متفاوت از ضمان نقل ذمه و حتی ضم ذمه می‌کند و تحلیل بسیاری از قراردادهای تضمینی امروزه را بر مبنای این مفهوم از عقد ضمان میسر خواهد کرد.

عدم ضرورت وجود دین قبل از ضمان

در فقه امامیه موضوع ضمان به‌عنوان یکی از شرایط صحت این عقد، دین ثابت بر ذمه بوده

و در مواردی که هنوز دینی ایجاد نشده است، ضمانت را باطل دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۹: ۴۰۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۰۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹۰؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۲۵). علامه حلی در این زمینه ادعای اجماع کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۱۱).

علی‌رغم وجود این رویکرد غالب، انحصار عقد ضمان به دین ثابت، دایره این عقد را به‌حدی ضیق می‌کند که موجب بطلان تعداد زیادی از قراردادهای ضمان می‌شود. از این رو برخی از فقها قائل به صحت این عقد در صورت وجود سبب بدون تحقق کامل دین (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۸ و ۷۶۲) یا حتی بدون وجود مقتضی و سبب دین شده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۲).

با وجود تأیید نظر قائلان به صحت عقد ضمان در صورت نبود دین و حتی نبود مقتضی دین، باید گفت این وسعت نظر، در چارچوب مبنای پذیرفته‌شده در فقه امامیه، نمی‌تواند محقق ضمان اصطلاحی باشد و باید بر مبنای دیگری آن را تحلیل کرد. واقعیت این است که بر مبنای نقل ذمه، تعریف و ماهیت ضمان مصطلح، صرف وجود مقتضی برای تحقق عقد ضمان کافی نیست (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۱۹۷، ۲۰۱، ۲۰۷). و البته واضح است که به طریق اولی در صورت نبود مقتضی نیز، عقد ضمان به‌طور صحیح محقق نمی‌شود. نظر فقهای متأخر مبنی بر کفایت مقتضی دین، نشاندهنده آن است که چگونه نیازها، نظریه‌ها را به دنبال خود می‌کشند، اما نمی‌توان این رویکرد را در قالب ضمان مصطلح پذیرفت.

فقهایی که به بحث درباره این موضوع پرداخته‌اند با تحلیل دقیقی به تمایز میان ضمان مصطلح و ضمان عرفی اشاره کرده‌اند (فیاض کابلی، بی‌تا: ۳۷۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۶). از این میان، صاحب کتاب «کلمه التقوی» به‌صراحت ضرورت وجود دین ثابت و اشتغال ذمه بالفعل را برای تحقق ضمان مصطلح لازم دانسته و قائل به عدم کفایت سبب و مقتضی دین برای تحقق ضمان مصطلح شده است. ایشان بعد از بیان این تحلیل، عدم کفایت مقتضی را خالی از اشکال ندانسته‌اند، اما آن را بر مبنای دیگری (ضمان عرفی) تحلیل‌شدنی می‌دانند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۵۷). در پرتو همین دقت نظر، شارحان کلام

سید یزدی نیز بیان کرده‌اند: «إن أريد الضمان المصطلح فلا بد فيه من وجود ضامن قبل هذا الضمان ليكون مضموناً عنه، و هو مفقود. و إن أريد الضمان العرفي لم يتوقف على وجود السبب حال الضمان». به عبارت دیگر وجود دین را عنصر حذف‌ناشدنی در ضمان مصطلح دانسته، اما در تحلیل موضوع، عقد ضمان عرفی را بدون وجود دین و صرفاً با وجود سبب یا حتی بدون سبب، تحقق‌پذیر دانسته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۵ و ۳۵۶).

در ضمان عرفی، برخلاف ضمان مصطلح که ماهیتی انتقالی دارد، خود عقد ضمان ایجادکننده تعهد یا دین است و وجود دین ثابت قبل از ضمان ضروری نیست (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۶). موضوع ضمان عرفی شاید تضمین وقوع یک حادثه یا انجام عملی، تضمین عدم وقوع حادثه‌ای، تضمین اجرای تعهد اصلی، تضمین خسارات عدم انجام تعهد، تعهد به پرداخت دین آینده، تعهد به رد عین، تعهد به پرداخت بدل، تعهد به جبران خسارات احتمالی آینده و ... باشد (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۴۸). در واقع افراد می‌توانند هر گونه دین و تعهد قانونی را موضوع قرارداد ضمان خویش قرار دهند. به‌طور کلی می‌توان گفت ضمان عرفی، ضمان از تعهدات است. حتی در مواردی که موضوع مورد ضمانت دین است، ضامن، دین را مورد ضمانت قرار نمی‌دهد، بلکه تعهد مدیون به پرداخت دین را تضمین می‌کند (فیاض کابلی، بی‌تا: ۳۷۳). با این توضیح که متعاقب حکم وضعی اشتغال ذمه مدیون، یک حکم تکلیفی و تعهد قانونی به پرداخت بر وی ایجاد می‌شود. ضامن در واقع این تعهد را ضمانت می‌کند که مدیون دین خود را ادا خواهد کرد و اگر نکرد، ضامن این تکلیف را انجام خواهد داد. با این تحلیل، در ضمان عرفی، همچنانکه برخی از فقها بیان کرده‌اند: «و كما يتصور هذا المعنى من الضمان فى الدين يتصور أيضا فى الأعيان الخارجيه الداخلة فى عهدئ غير المالك كالعین المغصوبه و المقبوض بالعقد الفاسد بل فيما يترقب استحقاق الغير له أيضا كمال الجعالة قبل العمل بل حتى مع فرض عدم العهد سابقاً و عدم ترقب استحقاق الغير له بان يكون نفس هذا الضمان مولدا للعهد فلا يكون هنا مضمون عنه بل ضامن و مضمون له» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۶)، تعهدات به معنای گسترده خود شاید مورد ضمانت قرار گیرد (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۴۵) و در این امر موضوع و

منشأ تعهد تفاوتی نمی‌کند که دین باشد، عین باشد، دین غیرثابت باشد، دین آینده باشد، حکم تکلیفی باشد، الزامات قراردادی یا الزامات قانونی و ... باشد. هر نوع تعهد قانونی شاید مورد قرارداد ضمان واقع شود.

استقلال تعهد ضامن

در ضمان مصطلح، عقد ضمان ماهیت مستقل ندارد و به‌عنوان تابعی از دینی که بر ذمه مضمون‌عنه مستقر است، محقق می‌شود (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۴۷)، با وجود این در ضمان عرفی تعهد ضامن، لزوماً مبتنی بر دین قبلی و از توابع آن نیست. تعهد ضامن در ضمان عرفی، می‌تواند استقلال داشته باشد و از خود عقد ضمان ناشی شود. در این مفهوم از ضمان، موضوع عقد و متعلق تعهد ضامن، پرداخت دین مدیون نیست، بلکه به‌مناسبت جبران خسارت ناشی از اعسار یا امتناع مدیون یا جبران خسارات و غرامات حاصل از تخلف و تعدی یا حتی دین و تکلیفی است که در آینده محقق خواهد شد. ماهیت مولد این عقد، آن را دارای استقلال و اصالت می‌کند؛ به‌طوری که برای انعقاد آن ابتدای بر دین دیگری لازم نیست و تعهد ضامن، با خود عقد ایجاد می‌شود (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۶).

عدم اشتغال ذمه ضامن

در یک تقسیم‌بندی می‌توان گفت که عقد ضمان، گاه ایجاد اشتغال ذمه می‌کند و به مدیونیت ضامن منجر می‌شود که در این صورت شاید به‌صورت نقل ذمه، ضمان مورد پذیرش فقهای امامیه یا ضم ذمه، ضمان مورد پذیرش فقه عامه (مقدسی، ۱۳۸۸: ۳۹۹)، منعقد شود. در مقابل، عقد ضمان شاید به اشتغال ذمه منجر نشود و صرفاً برای ضامن تعهد و التزام ایجاد کند. در ضمان عرفی به‌عنوان مفهوم سومی از عقد ضمان، در کنار ضمان نقل ذمه و ضم ذمه، بدون مدیونیت ضامن، صرفاً تأدیة دین یا اجرای تعهد مدیون اصلی، توسط ضامن ضمانت می‌شود (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۲۰۴). بر این اساس در مقابل ضمان مصطلح که متضمن حکم وضعی اشتغال ذمه است، ضمان عرفی بدون اشتغال ذمه ضامن،

تنها متضمن حکم تکلیفی و جوب تأدیه مال در صورت عدم پرداخت از سوی مضمون‌عنه است (سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۵۱).

تمایز ضمان عرفی با ضمان ضم ذمه

ضمان ضم ذمه با منتفی بودن انتقال دین با دو دیدگاه مورد پذیرش فقهای عامه قرار گرفته است: ۱. با اشتغال ذمه ضامن، ضامن و مضمون‌عنه در برابر مضمون‌له مدیون دین می‌شوند؛ ۲. مطابق دیدگاه برخی از فقهای حنفیه، ضمان بدون اشتغال ذمه ضامن، صرفاً موجب ضم در مطالبه خواهد شد (جزیری، ۱۴۲۴: ۱۹۵؛ سرخسی، ۱۴۱۴: ۱۶۱). ضمان عرفی با هر دوی این دیدگاه‌ها از ضمان ضم متفاوت است. تفاوت نخست این است که در ضمان عرفی، اشتغال ذمه ضامن منتفی خواهد بود و ضامن صرفاً تعهد به پرداخت را بر عهده می‌گیرد. دومین تفاوت به متعلق تعهد ضامن و مضمون‌عنه بازمی‌گردد که آن را با ضمان مورد پذیرش برخی فقهای حنفیه نیز متفاوت می‌کند، با این توضیح که در ضمان ضم، متعلق تعهد مدیون اصلی و ضامن یکی است و هر دو در برابر نفس دین مسئول هستند. اما در ضمان عرفی، متعلق مسئولیت مدیون اصلی و ضامن متفاوت است. مدیون اصلی نسبت به نفس دین مسئول خواهد بود؛ در حالی که متعلق مسئولیت ضامن، پرداخت شدن دین و اجرای تعهد مدیون است. در این معنا از ضمان، مسئولیت ضامن مباشرت در ادای دین نیست، بلکه ضامن متعهد پرداخت دین توسط مدیون می‌شود و پرداخت دین توسط وی را تضمین می‌کند. از این‌رو در ضمان عرفی، در صورتی که مدیون از ایفای دین و تعهدش امتناع کند، در این هنگام ضامن به مقتضی تعهد و تضمینش، قابل رجوع از طرف مضمون‌له خواهد بود (فیاض کابلی، بی‌تا: ۳۷۳). در ضمان عرفی همچنانکه ضامن قصد انتقال دین به ذمه خود و مدیونیت را ندارد، خود را نسبت به نفس دین و تعهدی که مدیون در تأدیه آن مسئولیت دارد، مسئول نمی‌کند. در واقع این امر به نحو ضم مسئولیت نیز صورت نمی‌گیرد، بلکه مفاد تعهد ضامن این است که دین و تعهد طلبکار در سررسید تأدیه خواهد شد. از این‌رو ضمان در این مفهوم، ضمان نفس دین یا تعهد، خواه به نحو جانشینی مدیون اصلی و خواه به نحو انضمام نیست، بلکه ضمانت ادا شدن آن، با وجود بقای دین در ذمه مدیون اصلی و تحمل مسئولیت از سوی مدیون اصلی است (صدر،

۱۴۰۱: ۲۳۱). علاوه بر این دو، موضوع ضمان در مفهوم ضم ذمه به ذمه همچون ضمان نقل ذمه، دین ثابت بر ذمه است؛ با این تفاوت که در رویکرد فقه امامیه، پس از ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری می‌شود، ولی در رویکرد فقه عامه، مسئولیت ضامن به مسئولیت مضمون‌عنه ضمیمه خواهد شد، در حالی که در ضمان عرفی، موضوع ضمان به دین ثابت محدود نیست (الشریف، ۱۳۹۶: ۴۱).

وضعیت ضمان عرفی در قانون مدنی

در ماده ۶۹۸ قانون مدنی، عقد ضمان، مطابق با تعریفی که از ضمان مصطلح گفته شد، قانونگذاری شده است. شاید گفته شود که با تفسیر موسع از ضمان معین، بتوان ضمان عرفی را به ضمان معین برگرداند. اما تفاوت‌های موجود میان این دو عقد، مانع از آن می‌شود که ضمان عرفی را همان ضمان معین مقرر در قانون مدنی بدانیم. از این‌رو، در استدلال به صحت ضمان عرفی، با وجود عدم تطابق آن با ضمان مصطلح، به‌جای تلاش برای تطبیق قواعد ضمان مصطلح بر ضمان عرفی، به این امر استدلال شده است که ضمان عرفی، با ضمان مصطلح تفاوت دارد و خود عقد مستقلی به حساب می‌آید و نباید به صرف عدم اجتماع شرایط صحت ضمان ناقل ذمه، حکم به عدم صحت این قسم از ضمان داد (الشریف، ۱۳۹۶: ۴۰).

در قانون مدنی، با وجود پذیرش مبنای نقل ذمه، در ماده ۷۲۳ به التزام به تأدیه دین دیگری اشاره شده است. برخی از حقوقدانان معتقدند که تدوین این ماده در پرتو توجه نویسندگان قانون مدنی به این واقعیت است که نقل ذمه تأمین‌کننده نیازهای حقوقی در روابط اجتماعی نیست و در پیش گرفتن چنین قانونگذاری پیچیده‌ای، تنها برای گشودن راه ضم ذمه در عقد ضمان است (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۷۹). همچنین برخی دیگر این ماده را حیلۀ قانونگذار جهت پذیرش التزام معلق و به‌دست آوردن نتیجه ضمان تضامنی مطرح کرده‌اند (امامی، بی‌تا: ۲۸۳). با وجود این به‌نظر می‌رسد که التزام به تأدیه در این ماده نیز، با ضمان عرفی موضوع بحث حاضر از جهات گوناگونی متفاوت است. از مهم‌ترین این تفاوت‌ها اینکه اولاً) موضوع التزام به تأدیه در این ماده، به دین منحصر است؛ ثانیاً) در این ماده التزام

به تأدیه به‌عنوان شرط ضمن عقد پذیرفته شده و نه به‌عنوان قرارداد ضمان مستقل، این در حالی بوده که ضمان عرفی، خود قرارداد ضمان مستقلی است؛ ثالثاً آنچه در تفاوت میان ضمان ضم ذمه و ضمان عرفی موضوع مقاله حاضر گفته شد، در این بحث نیز طرح‌شدنی است. از این رو به‌نظر می‌رسد: اولاً) اگرچه برخی حقوقدانان مطرح کرده‌اند که تدوین این ماده در راستای توجه به نیازهای معاملی در خصوص عقد ضمان صورت گرفته، این ماده به‌طور کامل تأمین‌کننده نیازهای حقوقی در این زمینه نیست؛ ثانیاً) با توجه به ماهیت و شرایط متفاوتی که از ضمان عرفی گفته شد، نمی‌توان ضمان عرفی را تحت عنوان ضمان معین یا حتی ماده ۷۲۳ قرار داد.

در قانون مدنی، با توجه به اینکه حقوق قراردادها در فقه امامیه، بر مبنای نظریه تملیک بنا شده؛ عقد ضمان نیز با ماهیت تملیکی و شرایط و احکام متأثر از این ماهیت شکل گرفته و پذیرفته شده است، با این حال می‌توان ضمان عرفی را که صرفاً تعهد ایجاد می‌کند؛ به‌عنوان رابطه حقوقی مستقل و البته متمایز از ضمان معین در قانون مدنی، مبتنی بر پذیرش نظریه عمومی تعهدات، به‌عنوان تعهد و قراردادی عام شناسایی کرد (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۷). در نتیجه این تحلیل، برای صحت ضمان عرفی می‌توان به عموماً قانونی همچون ماده ۱۰ و ماده ۱۸۳ قانون مدنی استدلال کرد. بر این اساس با وجود شرایط عمومی مطرح در ماده ۱۹۰ ق.م. حکم به صحت ضمان عرفی با مانعی روبه‌رو نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

عقد ضمان از معاملات عرفی بوده که قبل از اسلام هم وجود داشته و شارع در کیفیت انعقاد آن دخالت تأسیسی نکرده است. به همین دلیل عقد ضمان نیز مانند هر نهاد حقوقی عرفی دیگری، برای تطبیق با ضرورت‌های زندگی اجتماعی مصون از تغییر نماند. منحصر کردن عقد ضمان به تعریف مصطلح در فقه و شرایط و آثار و احکام مترتب بر آن، نه تنها هیچ مستندی ندارد، بلکه کاملاً برخلاف عرف مسلم معاملی است. در قانون مدنی، پذیرش مفهوم انحصاری عقد ضمان به نقل ذمه و فاصله این مفهوم از عقد ضمان با قصد طرفین و

کارکرد آن در عرف جامعه، موجب متروک ماندن مقررات این بخش از قانون شد. بنابراین با توجه و اشاره فقها به ضمان عرفی در کنار ضمان مصطلح، می‌توان قائل به شناسایی و صحت نوع دیگری از قرارداد ضمان، مبتنی بر پذیرش عرف و سیره عقلا شد. ضمان عرفی به معنای تعهد و التزام پرداخت، بدون انتقال دین و اشتغال ذمه ضامن است. ماهیت قرارداد ضمان عرفی، تعهد ناظر به حکم تکلیفی خواهد بود و ضامن بدون انتقال دین به ذمه‌اش، حکم تکلیفی مستقر بر عهده مضمون‌عنه را متعهد می‌شود. علاوه بر این، قرارداد ضمان عرفی دارای ماهیتی مولد است و برای انعقاد آن، وجود قبلی دین یا تعهد ضروری نیست، حتی به وجود سبب یا مقتضی تعهد نیز نیازی نخواهد بود. موضوع ضمان عرفی برخلاف ضمان مصطلح که به دین ثابت در ذمه منحصر است، تعهدات به معنای وسیع آن خواهد بود.

مقررات قانون مدنی علی‌رغم وجود ماده ۷۲۳، در زمینه ضمانت‌های رایج در عرف، دارای خلأ است. بر اساس یافته‌های مقاله حاضر، به نظر می‌رسد که نیازهای معاملی جامعه در خصوص عقد ضمان، ضرورت اصلاح و تعدیل مقررات قانون مدنی در خصوص این عقد را ایجاب می‌کند. همچنین بسیاری از مصادیق عقد ضمان در فقه که وضعیت آنها مورد تردید است و نیز بسیاری از قراردادهای تضمینی امروزه همچون تضمینات در بازار بورس، قراردادهای پیمانکاری، قراردادهای دولتی و ... شاید مطابق با این مفهوم از عقد ضمان تحلیل شوند.

کتابنامه

۱. امامی، سید حسن (بی تا). حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی.
۲. انصاری، قدرت‌الله (۱۴۲۹ق). موسوعه احکام الاطفال و ادلتها، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۳. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق). قواعد فقهی، قم: نشر الهادی.
۴. بصری بحرانی، زین‌الدین (۱۴۱۳ق). کلمه التقوی، قم: سید جواد وداعی.
۵. جزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴ق). الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۶. جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۴). نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه آن با حقوق غرب، حقوق اسلام و غرب، دوره ۲، شماره چهارم: ۱ - ۱۸.
۷. روحانی قمی، سید صادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق، قم: دارالکتاب.
۸. _____ (بی تا). مسائل مستحدثه، بی جا: بی نا.
۹. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مذهب الاحکام، قم: مؤسسه المنار.
۱۰. سرخسی، محمدبن احمد (۱۴۱۴ق). المبسوط، بیروت: دارالمعرفه.
۱۱. سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین، قم: دفتر آیت‌الله سیستانی.
۱۲. _____ (۱۴۲۲ق). المسائل المنتخبه، قم: دفتر آیت‌الله سیستانی.
۱۳. الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۶). تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران، فقه و اصول، دوره ۴۹، شماره ۱۱۰: ۳۱ - ۵۰.
۱۴. صدر، محمد باقر (۱۳۷۹). حواله، مجله فقه اهل بیت، شماره ۲۱: ۳ - ۲۰.
۱۵. _____ (۱۴۰۱ق). البنک اللاریوی، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۱۶. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ق). حاشیه منهاج الصالحین، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۱۷. _____ (۱۴۱۶ق). مستمسک العروه الوثقی، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۱۸. طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین، قم: منشورات قلم الشرق.

۱۹. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق). *عروه الوثقی*، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۲۰. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۸۷). *مبسوط*، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۲۱. عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۲. عاملی، سید جوادبن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۳. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقها*، قم: مؤسسه آل‌البیته (ع).
۲۴. _____ (۱۴۱۰ق). *ارشاد الاذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۶ق). *رساله توضیح المسائل*، قم: بی‌نا.
۲۶. فیاض کابلی، محمد اسحاق (بی‌تا). *منهاج الصالحین*، بی‌جا: بی‌نا.
۲۷. کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸). *قرارددهای ویژه*، تهران: نشر میزان.
۲۸. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۵). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۰. _____ (۱۳۹۴). *نواوری‌های سید محمدکاظم طباطبایی یزدی در ضمان عقودی (۱)*، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۸، شماره ۷۲: ۱۱ - ۳۴.
۳۱. مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ق). *فقه الامام صادق علیه‌السلام*، قم: مؤسسه انصاریان.
۳۲. مقدسی، عبدالله بن احمد (۱۳۸۸). *المغنی*، بیروت: مکتبه القاهره.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). *رساله توضیح المسائل*، قم: انتشارات مدرسه امام علی (ع).
۳۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۰ق). *الرسائل العشره*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۳۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق). *مبانی العروه الوثقی*، قم: منشورات مدرسهٔ دارالعلم.

۳۶. _____ (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*، قم: نشر مدینه العلم.

۳۷. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). *جواهرالکلام*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

۳۸. نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۸۹). *ضمان به‌مثابهٔ حکم تکلیفی، حقوق اسلامی*، دورهٔ ۷، شمارهٔ ۲۷: ۲۹ - ۵۵.

۳۹. _____ (۱۳۸۹). *عنصر وضع و تکلیف در تعهد، حقوق اسلامی*، دورهٔ ۷، شمارهٔ ۲۵: ۷ - ۳۳.

۴۰. _____ (۱۳۹۵). *بررسی حکم وضعی و تکلیفی دین در عقد ضمان، دین و قانون*، دورهٔ ۴، شمارهٔ ۱۲، تابستان: ۱۰۹ - ۱۳۴.